

INVESTIGAÇÃO DO CRIME ORGANIZADO: A INFILTRAÇÃO POLICIAL

Letizia Casaril¹

Resumo: O trabalho tratará de uma das formas legais previstas de investigação das organizações criminosas, qual seja, a infiltração policial. Será abordada a definição de “crime organizado”, o conceito de “agente infiltrado” e se há necessidade do emprego desta técnica. O estudo passa pela análise ética da possibilidade de afetação de direitos fundamentais para garantir a efetividade da investigação e sua constitucionalidade no Estado Democrático de Direito. Após, tratar-se-á das características e pressupostos do agente, quem pode executar essa tarefa, quando ela pode ser aplicada e por quanto tempo, e quem a controlará. Finalmente, a pesquisa encerra-se abordando a responsabilidade penal do agente por crimes que cometa no exercício desta função.

Palavras-chave: Crime organizado. Infiltração Policial. Direitos Fundamentais. Responsabilidade do agente.

Introdução

A Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995 com modificações introduzidas pela Lei nº 10.271, de 11 de abril de 2001, no seu artigo 1º, dispõe que tratará sobre meios de prova e procedimentos investigatórios que versem sobre ilícitos decorrentes de ações praticadas por quadrilha ou bando ou organizações ou associações criminosas de qualquer tipo (BRASIL, 1995).

O conceito de quadrilha ou bando consta do artigo 288 do Código Penal “associarem-se mais de três pessoas, em quadrilha ou bando, para o fim de cometer crimes” (BRASIL, 1940), assim como o conceito de associação criminosa para fins de tráfico está elucidado no artigo 35 da Lei de Drogas “associarem-se duas ou mais pessoas para o fim de praticar, reiteradamente ou não, qualquer dos crimes previstos nos arts. 33, caput e §1º, e 34 desta Lei” (BRASIL, 2006). Entretanto, não há, no ordenamento jurídico brasileiro, definição do que seja organização criminosa. Esta falha impede, em tese, a aplicação de todos os dispositivos referentes às organizações criminosas, uma vez que não se poderia aplicar a lei sem a precisa definição do seu objeto.

O princípio da legalidade, corolário do Estado Democrático de Direito, está assim previsto no artigo 5º, inciso XXXIX da Constituição da República:

¹ Estudante de graduação, no 9º semestre da Faculdade de Direito da UFRGS. Secretária Geral do Grupo de Pesquisa Ciência Penal Contemporânea, coordenado pelo Prof. Dr. Tupinambá Pinto de Azevedo. Secretária de Eventos Acadêmicos do Centro Acadêmico André da Rocha.

“não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”. Ou seja, não há crime se não houver uma lei que o determine desta forma, bem como não há pena que não seja cominada legalmente. A única maneira de se proibir uma conduta e atribuir-lhe uma sanção é por meio de lei, excluídas quaisquer outras fontes normativas, atendido, por consequência, o então chamado princípio da reserva legal. No campo do Direito Penal, tudo o que não é proibido é permitido, logo, se não há previsão do que seja crime organizado, impossível persegui-lo. É uma garantia do cidadão não ser punido se não houver a tipificação legal de sua conduta criminosa, pois não poderia ele adivinhar o que o Estado considera crime.

Conforme ensina ROGÉRIO GRECO, uma das funções do princípio da legalidade é exatamente proibir incriminações vagas e indeterminadas (*nullum crimen nulla poena sine lege certa*). E explica que, em conformidade com o princípio da reserva legal, não basta apenas a existência de uma lei anterior ao fato que defina a infração penal. Há que existir, no preceito primário do tipo penal incriminador, uma definição precisa da conduta proibida ou imposta. Assim, com base neste princípio, é vedada a criação de tipos que contenham conceitos vagos ou imprecisos, devendo a lei ser taxativa e a sua interpretação restritiva (GRECO, 2007, p. 96).

Dessa forma, em nome do princípio da legalidade, e em consequência, da reserva legal, não seria conveniente deixar para o Poder Judiciário a tarefa de definir o que é crime organizado. Melhor seria tivesse a lei conceituado o fenômeno, para que doutrina e jurisprudência apenas o lapidasse, conferindo, assim, mais segurança ao tipo penal.

PAULA ANDREA RAMÍREZ BARBOSA ensina que, no direito da União Européia, para um organismo ser considerado uma organização criminosa, busca-se identificar as seguintes características: **1)** mais de duas pessoas; **2)** divisão de tarefas entre elas; **3)** permanência; **4)** controle interno; **5)** suspeitas do cometimento de um delito grave; **6)** atividade internacional; **7)** violência; **8)** uso de estruturas comerciais ou de negócios; **9)** lavagem de dinheiro; **10)** pressão sobre o poder público e; **11)** ânimo de lucro. Segundo a autora, a exigência é que ao menos seis dessas características estejam presentes, sendo que as de número 1, 5 e 11 são obrigatórias (BARBOSA, 2008, p. 68).

A Declaração Política e Plano de Ação Mundial de Nápoles contra a Delinquência Transnacional Organizada, constante na Resolução 49/159 de 23 de dezembro de 1994 da Assembleia Geral das Nações Unidas, assinalou como possíveis manifestações de criminalidade organizada: **1)** a formação de grupos para dedicarem-se a delinquência; **2)** os vínculos hierárquicos ou as relações pessoais que permitam o controle do grupo pelos seus chefes; **3)** o recurso à violência, intimidação ou corrupção para obter benefícios ou exercer o controle de algum território ou mercado; **4)** a lavagem de dinheiro de



procedência ilícita para os fins de alguma atividade delitiva ou para financiar alguma atividade econômica legítima; **5)** o potencial para introduzir-se em alguma nova atividade ou para estender-se além das fronteiras nacionais; **6)** a cooperação com outros grupos organizados de delinquentes transnacionais (BARBOSA, 2008, p. 68).

Por sua vez, a Interpol define crime organizado como qualquer empresa ou grupo de indivíduos que participem engajados em uma contínua atividade ilegal cujo objetivo principal seja gerar lucro, além das fronteiras nacionais (MONTROYA, 2007, p. 188).

Para o FBI, crime organizado é aquele executado por qualquer grupo que apresente alguma forma de estrutura, com a finalidade principal de obter lucros por meio de atividades ilegais, tendo por características o uso da violência física ou moral, da corrupção e da extorsão, com certa influência sobre a população de um determinado lugar, região ou país (MONTROYA, 2007, p. 189).

No Brasil, o Decreto n.º 5.015/2004 promulgou a Convenção da ONU contra o crime organizado transnacional, internalizando no ordenamento jurídico brasileiro o conceito de organização criminosa constante no artigo 2º da Convenção de Palermo de 15.12.2000 como sendo um

[...] grupo estruturado de três ou mais pessoas, existente há algum tempo e atuando concertadamente com o propósito de cometer uma ou mais infrações graves ou enunciadas na presente Convenção, com a intenção de obter, direta ou indiretamente, um benefício econômico ou outro benefício material. (BRASIL, 2004)

Embora a delimitação feita não seja a mais precisa, deixando de considerar várias das características anteriormente mencionadas, fato é que existe um conceito no ordenamento jurídico brasileiro para o que seja “organização criminosa”. Assim torna-se possível passar à análise da Lei n.º 9.034/1995. Desse modo, o presente trabalho, versando sobre o tratamento legal do crime organizado, buscará dar um enfoque específico à figura do inciso V do artigo 2º desta Lei, o agente infiltrado.

1. O Agente Infiltrado: conceito e necessidade de sua utilização

Utilizada nas chamadas operações *undercover*, a figura do agente infiltrado é tratada no inciso V do artigo 2º da Lei n.º 9.034/1995, cuja redação reza que um dos procedimentos de investigação e formação de provas é a “infiltração por agentes de polícia ou de inteligência, em tarefas de investigação, constituída pelos órgãos especializados pertinentes, mediante circunstanciada autorização judicial” (BRASIL, 1995). Para RAFAEL PACHECO, o “agente infiltrado é um funcionário da polícia que, falseando sua identidade, penetra no âmago da organização criminosa para obter informações e, dessa



forma, desmantelá-la” (PACHECO, 2007, p. 109). Já de acordo com GARCÍA, explanando especificamente sobre a organização criminosa para o tráfico de drogas, a técnica de investigação do agente infiltrado consiste na penetração encoberta de funcionários da polícia judiciária no cotidiano da organização com o objetivo de obter provas para delimitar a estrutura da organização, a área em que atua, as formas de distribuição das drogas e do lucro obtido, de modo que permita a apreensão da droga e do dinheiro e a detenção dos autores. (GARCÍA, 1996, p. 69).

Embora perigoso o procedimento – por colocar em risco a integridade física do agente, e por suprimir direitos fundamentais dos investigados –, para GARCÍA, faz-se necessário o uso deste recurso em função da complexidade de organização desses núcleos criminosos, quase que impossíveis de serem desmantelados pelos meios tradicionais de investigação (GARCÍA, 1996, p. 69). Não se trata apenas de investigar um bandido ou uma quadrilha, mas sim um núcleo criminoso complexamente organizado, com hierarquia rígida (não raro mantido esse respeito à hierarquia por constrangimentos físicos e morais), muitas vezes estruturado sob a forma de empresa, com grande influência nas organizações sociais e estatais, ingerência internacional, acesso facilitado à informação e recursos financeiros abundantes. É a criminalidade própria da globalização, a qual não consegue ser combatida com as técnicas investigatórias tradicionais. Nesse sentido, continua a autora, é impossível chegar aos verdadeiros chefes da organização valendo-se dos meios usuais de investigação, vez que estes seriam insuficientes diante do aparato de que dispõe o órgão criminoso.

A Juíza portuguesa FÁTIMA MATA-MOUROS pondera que “para combater práticas excepcionais, exigem-se meios excepcionais” (MATA-MOUROS apud PACHECO, 2007, p. 129), acrescentando que “para meios excepcionais há que tomar cautelas excepcionais” (MATA-MOUROS apud PACHECO, 2007, p. 129). Diante desta afirmativa da magistrada, caberia a reflexão: a utilização deste modo de investigação, apesar de parecer bastante eficaz, abre espaço à violação de direitos fundamentais dos indivíduos envolvidos, mas o fim de desmantelar as organizações criminosas justificaria essa violação?

2. Eficácia da investigação e garantias individuais

Para contextualizar tal problematização, PACHECO escreve que este

[...] é o cíclico retorno do dilema ético, da velha discussão sobre meios e fins, na qual o Estado, neste caso, ao fazer uso da infiltração policial sob a égide de elucidar e evitar crimes, ainda que não deseje, se arrisca a praticá-los. (PACHECO, 2007, p. 109 e 110.)



Discutindo esta questão, entende CIRINO DOS SANTOS que o uso do agente infiltrado para investigação e formação de provas infringe o princípio ético que proíbe o uso de meios imorais pelo Estado para reduzir a impunidade (CIRINO DOS SANTOS apud PACHECO, 2007, p. 110). Isso porque alguns direitos fundamentais podem ser violados pela atuação do agente infiltrado, tais como a intimidade, a inviolabilidade das comunicações, das correspondências, e do próprio domicílio. Também para os doutrinadores portugueses FERNANDO GONÇALVES e GUEDES VALENTE a infiltração policial é uma técnica de investigação de moral duvidosa, na qual o suspeito produz a prova de sua condenação involuntariamente, atuando em erro sobre a qualidade do agente infiltrado (GONÇALVES; VALENTE apud PACHECO, p. 110). No mesmo sentido, MONTROYA vê este meio como técnica imoral utilizada pelo Estado para a repressão do delito, pois se utiliza da mentira e da traição (MONTROYA, 2001, p.310).

Pois bem, para esta corrente doutrinária, o desmantelamento das organizações criminosas não é fim que justifique a violação de direitos fundamentais. O Estado estaria abusando do seu monopólio do poder punitivo relativizando garantias individuais do cidadão, as quais não admitiriam essa forma de tratamento em um Estado Democrático de Direito como é o nosso.

Por outro lado, PACHECO, ao criticar CIRINO, GONÇALVES e VALENTE, qualifica a opinião destes doutrinadores como “precipitada” uma vez que a infiltração no Brasil não prescinde de ordem de juiz competente², assim como outros institutos que restringem garantias e direitos constitucionais (PACHECO, 2007, p. 109 e 110). Anota COSTA que se demonstrado, ainda que indiciariamente, ser o crime perpetrado por organização criminosa – fato que, normalmente, dificulta a obtenção de provas – não há nada que impeça o juiz de autorizar o uso da infiltração, desde que determinada a sua utilização com base em decisão fundamentada (COSTA In: BALTAZAR JÚNIOR; MORO, 2007, p. 142). Assim, não parece haver imoralidade no uso da infiltração policial, pois, ainda que atinja direitos fundamentais do investigado, a adoção desta técnica não se dá de modo arbitrário, sendo submetida ao controle judicial competente que decidirá fundamentadamente com base em prova robusta, mesmo que indiciária. A estrita legalidade constitucional afastaria a alegada imoralidade.

Compartilha desta opinião ROCHA, inclusive indo além, quando defende que a soberania estatal, implementada pelos postulados filosóficos que inspiraram a formação dos estados contemporâneos, admite a possibilidade do Estado determinar com que rigidez controlará as perturbações sociais, desde que seja observada a legalidade. Qualquer Estado Democrático de Direito, segundo o autor, admite restrição de direitos fundamentais em caráter

² Conforme o artigo 2º, inciso V da Lei 9.034/95 é preciso a “circunstanciada autorização judicial”.



excepcional se houver máximo controle de sua execução. Ainda que a Constituição Brasileira não faça ressalva expressa à inviolabilidade desses direitos fundamentais (como faz com a inviolabilidade do domicílio ou com o sigilo das comunicações), essa restrição pode ser levada a cabo pelo uso do agente infiltrado, desde que a alternativa se mostre idônea, necessária, esteja prevista em lei e seja implementada mediante decisão judicial motivada, atendendo aos critérios da proporcionalidade (ROCHA, 2002, p. 55 e 56).

Com efeito, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos, ao interpretar o artigo 8º do Convênio Europeu de Direitos Humanos de 1950, diz que é justificada a ingerência do Estado na vida privada do cidadão toda vez que estejam presentes três requisitos concorrentes: **(a)** que a interferência seja prevista em lei (legalidade); **(b)** que a ingerência tenha uma finalidade legítima (legitimidade do fim – como é legítimo o fim de combater a criminalidade organizada); **(c)** que em uma sociedade democrática essa alternativa seja necessária para atingir o fim, relacionando-se os custos jurídicos e os benefícios sociais em conflito (necessidade) (PACHECO, 2007, p.117).

No Brasil, já existe a previsão legal, tanto na Lei 9.034/1995, artigo 2º, inciso V, quanto na Convenção de Palermo, ratificada pelo Brasil, a qual também prevê o instituto da infiltração policial.

A legitimidade do fim deve ser demonstrada no caso concreto, quando solicitado ao juiz autorização para implementação da medida. Assim, havendo suspeita fundamentada de cometimento de delito por organização criminosa, com robusta prova indiciária, estaria demonstrada a legitimidade da infiltração.

A necessidade da medida deve ser aferida da mesma forma. A infiltração só deve ser realizada se a investigação não puder ser exercida por outro meio. No entanto, tendo em conta que as suspeitas são de crime perpetrado por organização criminosa, com toda a complexidade a ela inerente, a necessidade da medida é hialina.

Logo, conforme os preceitos do Tribunal Europeu de Direitos Humanos sobre a aplicação de medidas que interferem na privacidade de pessoas, a infiltração policial pode ser uma interferência aceita em um Estado Democrático de Direito, servindo a um fim legítimo, protegendo a segurança coletiva e preservando direitos dos demais cidadãos.

Na mesma linha foi a decisão exarada pelo Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal:

[...] não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto, mesmo porque razões de relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades



legitimam, ainda que excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, desde que respeitados os termos estabelecidos pela própria Constituição. O estatuto constitucional das liberdades públicas, ao delinear o regime jurídico a que estas estão sujeitas - e considerado o substrato ético que as informa - permite que sobre elas incidam limitações de ordem jurídica, destinadas, de um lado, a proteger a integridade do interesse social e, de outro, a assegurar a coexistência harmoniosa das liberdades, pois nenhum direito ou garantia pode ser exercido em detrimento da ordem pública ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros [...] (STF, 1999).

Do voto do relator do Mandado de Segurança nº 23.452/RJ, Ministro CELSO DE MELLO, ainda vale a pena ressaltar o seguinte trecho:

[...] Torna-se essencial enfatizar, neste ponto, uma vez mais, não obstante a posição eminente que as liberdades públicas assumem em nosso sistema constitucional, que não devem elas – considerado o substrato ético que as informam – “proteger abusos nem acobertar violações”, eis que os direitos e garantias individuais expõem-se a naturais restrições derivadas “do princípio de convivência das liberdades, pelo qual nenhuma delas pode ser exercida de modo danoso à ordem pública e às liberdades alheias” (ADA PELLEGRINI GRINOVER, “Liberdades Públicas e Processo Penal”, p. 251, 2ª Ed., 1982, RT; LUIS FRANCISCO TORQUATO AVOLIO, “Provas Ilícitas”, p. 152, item n. 5.1, 1995, RT; EDOARDO GIANNOTTI, “A Tutela Constitucional da Intimidade”, p. 89, 1987, Forense) [...].

A Primeira Turma da Corte Constitucional Brasileira também se manifestou a respeito do tema ao apreciar Habeas Corpus, cujas bem lançadas palavras do Ministro Relator MOREIRA ALVES merecem ser aqui transcritas:

[...] estando, portanto, afastada a ilicitude de tal conduta – a de, por legítima defesa, fazer gravar e divulgar conversa telefônica ainda que não haja o conhecimento do terceiro que está praticando o crime -, é ela, por via de consequência, lícita e, também, conseqüentemente, essa gravação não pode ser tida como prova ilícita [...].

Evidentemente seria uma aberração considerar como violação do direito à privacidade a gravação pela própria vítima, ou por ela autorizada, de atos criminosos, como o diálogo de seqüestradores, estelionatários e todo tipo de achacadores. No caso, os impetrantes esquecem que a conduta do réu apresentou antes de tudo, uma intromissão ilícita na vida privada do ofendido, esta sim merecedora de tutela. Quem se dispõe a enviar correspondência ou a telefonar para outrem, ameaçando-o ou extorquindo-o, não pode pretender abrigar-se em uma obrigação de reserva por parte do destinatário, o que significaria o absurdo de qualificar como confidencial a missiva ou a conversa [...]. (STF, 1997)

Há a necessidade de interpretação das normas que tratam dos direitos fundamentais, devendo ser dado a elas alguma flexibilidade quando em conflito com outras, ou, de outra forma, como diz CANOTILHO “deve haver máxima observância dos direitos fundamentais envolvidos e da sua mínima restrição



compatível com a salvaguarda adequada do outro direito fundamental ou outro interesse constitucional em causa” (CANOTILHO apud PACHECO. 2007. p. 122). Utilize-se o exemplo da prova ilícita. Ela é inadmissível no ordenamento jurídico brasileiro, conforme artigo 5º, LVI da Constituição da República ³. Não obstante, jurisprudência e doutrina, ponderando esta norma com a que dá direito à liberdade, insculpida no caput do mesmo artigo, têm admitido a prova ilícita pro reo, porque entendem que a teleologia da norma é vedar a utilização de provas ilícitas, pelo Estado, para punir o particular. Assim, não poderia esta garantia prejudicar o indivíduo, sendo justificável sua flexibilização, já que em favor daquele a quem visa tutelar.

Dessa forma, pode-se afirmar com segurança que é perfeitamente constitucional a restrição a alguns direitos fundamentais pela implementação da infiltração policial, pois a investigação atende a razões de relevante interesse público, visando a dar efetividade ao princípio da convivência harmoniosa das liberdades, protegendo a integridade do interesse social, de acordo com os critérios da proporcionalidade.

O que se defende aqui não é a irrestrita aplicação da técnica investigatória do agente infiltrado, pois isto seria uma espionagem despida de qualquer legalidade. O que se quer demonstrar é que em casos excepcionais, quando a infiltração (assim como outros institutos que afetam direitos fundamentais) seja idônea, necessária, com finalidade legítima, prevista em lei, com autorização judicial fundamentada e atendidos os critérios de proporcionalidade, sua implementação é constitucional e está em conformidade com o Estado Democrático de Direito.

A aplicação do artigo 2º, inciso V, da Lei nº 9.034/1995, dessa forma, não se mostra como imoral. Consabido que não há direitos absolutos quando há vários direitos fundamentais reconhecidos, inclusive em relação à intimidade e outras garantias individuais passíveis de violação com a adoção do agente infiltrado, mostra-se amparada esta técnica de investigação no ordenamento jurídico brasileiro, quando utilizada segundo critérios de proporcionalidade, mediante decisão fundamentada.

Com razão, portanto, RAFAEL PACHECO ao afirmar que os meios mais eficientes para obtenção de provas vulneram alguns direitos e garantias fundamentais. Mas é preciso trilhar-se um caminho difícil para identificar o ponto de equilíbrio quando do conflito entre esses direitos e o fim buscado pela investigação (PACHECO, 2007, p. 120).

³ Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

LVI – são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos.



3. O agente propriamente dito

Superada a discussão ética acerca da adoção do agente infiltrado como técnica de investigação, passa-se a analisar as características e pressupostos da pessoa do agente. Não se pode colocar em prática tal forma de investigação sem antes delimitar com certa precisão quem pode executar essa tarefa, quando ela pode ser aplicada, quanto tempo ela pode durar, como será controlada e qual a autoridade competente para tanto.

Em primeiro lugar, para atender à necessidade de neutralidade daquele que examina o pedido de infiltração policial, quem deve examiná-lo não pode ser alguém ligado aos quadros policiais, sob pena de comprometimento da isenção do exame. Nos países com tradição de investigação impulsionada por autoridade judicial, é ela que detém o poder de apreciar todos os pressupostos de implementação da medida. Na Espanha, a Ley Orgânica 5/1999 dispõe que, em casos de urgência, pode também o Promotor de Justiça autorizar a polícia a intervir em uma organização criminosa por meio de um agente infiltrado, tendo a obrigação de comunicar imediatamente ao juiz. Nos países com tradição da Common Law ou naqueles em que a autoridade responsável pela investigação prévia do delito é o Ministério Público (como na Itália, França e Alemanha), é dado a ele o poder de autorizar e controlar a atuação do agente infiltrado, de forma exclusiva ou concorrente com outra autoridade (ROCHA, 2002, p. 57). No Brasil, quem tem o poder e autoriza o emprego desta técnica é o juiz, mediante autorização circunstanciada. Segundo ROCHA, a qualidade de “circunstanciada” significa que deverá fixar o objeto e conteúdo da atividade do agente infiltrado (ROCHA, 2002, p. 57). Em acepção mais ampla, deve ser a fundamentação minuciosa, para que não deixe brechas ao desvirtuamento do uso da técnica. Complementa o autor que essa decisão deve referir os instrumentos de proteção cabíveis, como falsidade de identidade e domicílio, quem serão os intermediários para os contatos, quais os veículos e armas empregados, o marco inicial e o tempo de duração da medida, bem como, principalmente, os direitos fundamentais que poderão ser violados no curso das investigações, com a gravação de imagens ou conversações, “grampos” telefônicos, violação de correspondência, entre outros (ROCHA, 2002, p. 57 e 58).

Quanto à pessoa do agente, o dispositivo legal em apreço menciona expressamente a possibilidade de infiltração por agentes de polícia ou de inteligência. Para ROCHA, houve má elaboração do texto legal, uma vez que a atuação dos agentes de inteligência se ajusta mais à captação e interceptação ambiental prevista no inciso IV da Lei, pois são intervenções menos invasivas nos direitos fundamentais (ROCHA, 2002, p. 53). PACHECO é mais incisivo quando duvida da constitucionalidade da permissão para agentes de inteligência atuarem como infiltrados, visto que estes não possuem funções de polícia judiciária, desse modo não estando legitimados a coletar provas



voltadas às futuras utilizações em processo penal, tendo em conta o artigo 144 da Constituição da República, o qual prevê as instituições policiais e sua atuação (PACHECO, 2007, p. 114 e 115). Isso porque a coleta de provas para futuro processo criminal é a única causa que legitima a violação a direitos individuais, pois é preciso que exista um motivo jurídico razoável para que seja deferida autorização legal de interferência nesses direitos. E quem tem poder constitucional para proceder à coleta dessas provas são os agentes da polícia judiciária. Além disso, ainda entende o autor que, analisando-se a lei posterior, Lei n.º 11.343/2006, relativa ao tráfico de drogas, (que também fala da infiltração, mencionando apenas agentes de polícia e não mais os de inteligência), em conjunto com o artigo 4º do Código de Processo Penal, o qual estabelece que a polícia judiciária será exercida pelas autoridades policiais no território de suas respectivas circunscrições e terá por fim a apuração das infrações penais, e, embora não exista vinculação da posterior à anterior, seria de bom alvitre tê-la em conta, assim como os outros dispositivos mencionados (PACHECO, 2007, p. 115-117). No entanto, entende ROCHA que se a atuação dos agentes de inteligência como agentes infiltrados for prevista em lei, a qual tenha instituído procedimento para a formalização do respectivo conteúdo, pode o resultado da investigação ser legitimamente aproveitado pelos órgãos de polícia judiciária (ROCHA, 2002, p. 54).

O parágrafo único do artigo 2º da Lei 9.034/1995 prevê que a autorização judicial será estritamente sigilosa e permanecerá nesta condição enquanto perdurar a infiltração, com o objetivo claro de proteger o agente, sua identidade bem como sua integridade física e moral. Por ser uma medida cautelar, o pedido de infiltração deve correr em autos apartados, com total sigilo durante todo o seu deslinde, o que é bastante razoável, dadas as características da medida. Pelos mesmos motivos, a doutrina entende que o agente não pode ser obrigado por dever de função a desempenhar esta tarefa. Devido aos riscos que são impostos à sua integridade física e moral, e, da mesma forma, à de sua família, a tarefa deve ser executada mediante voluntariedade do policial. A eles também deve ser dada toda a proteção disponível, em semelhança aos mecanismos disponibilizados para testemunhas. É que quando se trata de uma organização criminoso complexa, movida por um sentimento de honra e respeito absoluto à lei do silêncio, aquele que é descoberto como violador dessa regra pode ser perseguido por bastante tempo. A Lei argentina nº 23.737 (bastante semelhante à lei americana), em seu artigo 9º, estabelece que o agente cuja segurança esteja em risco devido à revelação de sua identidade real, pode requerer a sua aposentadoria, independente do tempo de serviço prestado. Por outro lado, a Lei espanhola nº 9.807/1999 estabelece a proteção de agentes com caráter provisório, sendo extinta ao término do processo, só admitindo exceções em casos excepcionais. Por isso esta lei é alvo de críticas que sustentam que mecanismos de proteção como esse impossibilitam o emprego eficaz dessa técnica. Já a lei brasileira, por sua vez, não prevê nenhum mecanismo para proteção do agente infiltrado, sendo este um dos



grandes obstáculos para a eficácia da medida (ROCHA, 2002, p. 62). Resta a possibilidade de normas administrativas estabelecerem alguns mecanismos protetores, como manutenção da identidade falseada e sigilo da identidade original nos registros públicos, mudança de local de prestação de serviço após a conclusão da operação, entre outros.

Outro pressuposto importante quanto à infiltração é saber quando o agente poderá entrar em cena. A lei não fez menção à execução desta medida, mas a doutrina entende que quando está demonstrada a execução de crimes por organização criminosa (ou seja, que a atividade delitiva é extremamente grave e requer meios de prova especiais) e não há outra forma de proceder à elucidação dos fatos, o juiz pode, por decisão circunstanciada, autorizar o procedimento⁴. COSTA ainda coloca como requisito inafastável para autorização da infiltração a prévia oitiva pelo juiz, em caráter sigiloso, do agente que se dispõe a cumprir a diligência de infiltração (COSTA, 2007, p.143).

Importante ainda delimitar por quanto tempo a infiltração pode estender-se. A lei também não faz menção a este aspecto. JOSÉ TOURINHO afirma que “dependendo e de acordo com a orientação de cada caso concreto, sobressaindo nesse aspecto a questão da prescrição, causa extintiva de punibilidade, não pode a investigação perdurar tanto tempo a ponto de levar à impunidade dos autores das infrações investigadas” (TOURINHO apud PACHECO. 2007, p. 119)

Propõe ARAÚJO DA SILVA valer-se de analogia com a Lei 9.296/1996, que disciplina as interceptações telefônicas em sistemas de informática e telemática, sendo o prazo máximo, para duração da infiltração, de 15 dias, renovável por igual tempo se comprovada sua indispensabilidade (artigo 5º), devendo ser cientificado o representante do Ministério Público. Porém, por critérios de razoabilidade, este período pode ser exíguo para atingir os objetivos da medida e ainda pode colaborar para aumentar os riscos à integridade física do agente. A saída abrupta da organização, em momento inesperado, despertaria suspeitas e incitaria vingança. Mas este autor apresenta outra solução, encontrada pela doutrina espanhola, que considera o prazo da medida de seis meses sem prejuízo de eventual prorrogação, mediante decisão motivada sobre a necessidade de estender a duração da medida, indicando ainda que o juiz deverá observar o tempo mínimo imprescindível e necessário para a realização da diligência, podendo o Ministério Público ou o juiz solicitar informações periódicas sobre o desenvolvimento da investigação (SILVA, 2003, p. 88).

Essa corrente mostra-se mais adequada, pois o Ministério Público, cumprindo a função de fiscal da lei, garantirá o desenvolvimento liso da investigação durante todo o seu desenvolvimento. A fiscalização, portanto, se

⁴ Neste sentido: COSTA, p. 142; ROCHA, p. 57 e PACHECO, p. 119.



dará principalmente pelo Parquet, pois essa é uma de suas funções primordiais, sem prejuízo do controle feito pelo juiz, através de relatórios e informações emitidas pelos superiores hierárquicos do agente.

3.1. Responsabilidade penal do agente infiltrado.

Muitos autores, ao tratarem do tema da infiltração policial, afirmam ser necessário que o agente pratique atos ilícitos para fazer parte da organização criminosa. A sua aceitação dependeria dessas provas de fidelidade ou de castidade e, sem elas, não seria possível atingir o objetivo da investigação. Sustentam, por conseguinte, que não existiria a possibilidade de alcançar êxito com a execução da medida senão pelo deferimento de autorização ao agente para praticar delitos. PACHECO discorda parcialmente desta corrente, pois entende que grande parte das organizações criminosas está estruturada sob a forma de empresa, podendo o infiltrado atuar em diversos níveis da organização, inclusive em uma das suas faces lícitas, não sendo obrigatória a consumação de crimes para cumprir seu dever e adentrá-las, mas somente para inserir-se nas organizações tradicionais, tipo mafiosas ou as de extrema violência (PACHECO, 2007, p. 126).

Fato é que a Lei nº 9.034/1995 não faz qualquer previsão acerca dos limites de atuação do agente. Tampouco há notícias de caso que trate de responsabilidade penal de agente infiltrado que tenha sido levado à apreciação do Judiciário, para que daí fosse possível extrair dele uma forma de interpretação.

Preliminarmente, há que se dizer que não há sentido algum em imputar ao agente o crime de formação de quadrilha ou bando, já que a própria lei permite ao policial que ele adentre nesses grupos, agindo ele, dessa forma, no exercício regular de direito.

Destarte, havendo a possibilidade de o agente precisar cometer algum ilícito, é preciso determinar sua responsabilidade sobre estes atos. LUIZ FLÁVIO GOMES é incisivo ao manifestar-se no sentido de que o agente infiltrado deve ser responsabilizado por todos os delitos que cometa, pois a lei não lhe permite que os pratique (GOMES apud ROCHA. 2002, p. 59).

Da mesma forma entende ISAAC SABBÁ GUIMARÃES, afirmando que a infiltração de agentes no Brasil não possui o condão de autorizar a prática delituosa (GUIMARÃES apud PACHECO, 2007, p.130). Diverso é o posicionamento de ROCHA, na medida em que apresenta duas formas de encarar a exclusão de responsabilidade penal do agente. Sua proposta é a de, ou considerar a conduta como escusa absolutória que reconhece o crime sem aplicar a pena por razões de política criminal, a qual não aproveita aos co-partícipes integrantes da organização criminosa, pois é uma causa de exclusão de pena de caráter subjetivo; ou a de considerar como causa de exclusão da ilicitude ou culpabilidade, caracterizada pelo estrito cumprimento do dever legal, exercício regular de direito, ou



obediência a ordem hierárquica não manifestamente ilegal, aproveitando aos co-partícipes, excluída também para eles a sanção (ROCHA, 2002, p. 59).

Ainda em corrente diferenciada, CAPEZ entende que o agente é sempre responsável pelos crimes de que participar, pois não há permissivo legal para que assim proceda. Não obstante, segundo ele, a conduta pode ser considerada atípica quando desempenhada em estreita relação com o princípio da proporcionalidade e de acordo com a adequação social, o que excluiria a materialidade do crime. Poder-se-ia, assim, afastar a sanção sob a alegação de existência de estado de necessidade, em vista de o bem jurídico lesado ser de menor valor caso comparado ao benefício que resulta do afastamento do perigo representado pela organização criminosa. Ou ainda, o agente poderia ter sido obrigado a adotar aquela conduta por estar sob coação moral irresistível, sendo-lhe inexigível conduta diversa (CAPEZ, 2006, p. 246 e 247).

A lei espanhola que prevê a infiltração policial traz como regra geral a isenção de responsabilidade criminal do agente, desde que os atos sejam consequência direta e necessária da investigação, não haja excesso e guarde a devida proporcionalidade com o escopo investigatório (PÉREZ, 2001, p. 90)⁵, e, com relação às condutas que possam afetar direitos fundamentais, deverá o agente solicitar ao órgão competente as autorizações que, sobre a matéria, estabeleçam a Constituição e a lei, assim como cumprir as demais provisões legais aplicáveis (ROCHA, 2002, p. 61).

As normas estadunidenses, em especial as ligadas ao tráfico de drogas, apenas conferem uma imunidade geral aos policiais que, no exercício das competências que lhe são próprias e legalmente atribuídas e com autorização devida, pratiquem atos de posse, importação, exportação, fabricação e outros atos que, em outro caso, seriam ilegais (GARCIA, 1996, p. 73 e 74).

A Argentina optou pela escusa absolutória, positivando na Lei nº 23737, artigo 31, que não será punível o agente infiltrado que, como consequência necessária do desenrolar da infiltração, tenha sido compelido a cometer delito, desde que este não ponha em perigo a vida ou integridade física de outra pessoa, ou desde que não imponha grave sofrimento físico ou moral a outrem (PACHECO, 2007, p. 134).

Na França, a legislação trata do tema apenas com relação a entorpecentes, anistiando delitos passados e excluindo as penas para os delitos futuros, com o único limite de que tais atos estejam relacionados com a finalidade da investigação (GARCIA, 1996. p. 72 e 73).

O legislador português descreveu, na Lei 45/96, as condutas de funcionário em investigação criminal, ou de terceiro atuando sob o controle da

⁵ No mesmo sentido: SILVA, p. 90 e 91.



polícia judiciária na condição de agente infiltrado, que não são puníveis. Assim excluiu de sanção as condutas de acertar, deter, guardar, transportar ou, por consequência e por solicitação de quem se dedique a estas atividades, entregar substância psicotrópica ou outros produtos químicos suscetíveis de desvio para fabricação ilícita de droga ou precursor (PACHECO, 2007, p. 133).

Os italianos excluíram de sanção somente a compra simulada de substâncias entorpecentes que objetive coletar provas de delito já cometido, submetido a controle administrativo e judicial, não excluídos de pena quaisquer outros crimes (GARCIA, 1996. p. 73).

Já a lei alemã possui no seu código de procedimento penal artigos que regulam os requisitos, pressupostos e formas de proceder do agente infiltrado, proibindo o cometimento de delitos (GARCIA, 1996. p. 74 e 75).

A omissão legislativa brasileira de tratar do tema da responsabilidade criminal do agente torna quase que inviável a aplicação do diploma legal, pois, se situação ocorresse em que um agente infiltrado cometesse crime no exercício da sua função, o judiciário, não podendo deixar de pronunciar-se, ainda que na ausência de normatização, tornar-se-ia legislador ao apreciar o caso concreto. Ademais, haveria imprudência por parte da polícia ao empregar a técnica sem o delineamento necessário para a boa execução da investigação. Finalmente, o prejudicado seria o agente que se submeteu à situação de risco, tendo, ainda, que enfrentar processo eivado de incertezas, o que contribuiria muito para a insegurança jurídica⁶.

Conclusões

A figura do agente infiltrado, sem dúvida, é de grande valia para o elucidação de crimes de grande impacto social, como os praticados pelas organizações criminosas. É uma técnica aparentemente muito eficaz para o desmantelamento desses núcleos criminosos, todavia, faz-se necessário ponderar se os benefícios que ela produz superam os seus efeitos maléficos.

Certo é que a investigação por meio da infiltração pode afetar direitos fundamentais, como inviolabilidade das comunicações, do domicílio e a intimidade. Contudo, não há direito absoluto em um Estado Democrático de Direito. Assim, quando em colisão vários direitos fundamentais, alguns precisam ser relativizados para se garantir os outros. Essa ponderação, feita através do exame de proporcionalidade, leva em conta os direitos fundamentais em colisão bem como outros princípios e regras constitucionais,

⁶ Caberia ainda, no tema do agente provocador do delito, a discussão acerca do crime impossível (uma vez que o investigado não teria cometido o crime caso não fosse incitado pelo agente infiltrado) e da validade da prova por ele colhida. Porém, tal questão transborda o objeto do presente trabalho.



resultando na possibilidade de implementação da infiltração em alguns casos. A adoção da técnica do agente infiltrado, portanto, não se mostra, de antemão, atentatória ao ordenamento, mesmo porque amparada em controle judicial rígido.

Por fim, quanto à responsabilidade do agente por eventuais crimes cometidos no exercício da função, não obstante rica discussão existente na doutrina, o tema carece de normatização. Até o momento, o policial infiltrado não está autorizado a cometer nenhum delito. Todavia, o tema deve ser criteriosamente estudado pelos legisladores e, em tempo, ser positivado, pois se mostra necessário à evolução do sistema investigatório e judiciário.



Referências Bibliográficas

BARBOZA, Paula Andrea Ramírez. Nuevas tendencias político-criminales en la lucha contra la criminalidad organizada. El modelo de Colombia en este ámbito. In: CALLEGARI, André Luís (Org). **Crime Organizado: Tipicidade, Política Criminal, Investigação e Processo – Brasil, Espanha e Colômbia**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 63-104.

BRASIL, **Decreto nº 5.015**, de 12 de março de 2004. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Decreto/D5015.htm>. Acesso em 17.05.2008.

BRASIL, Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995. Dispõe sobre a utilização de meios operacionais para prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas. In: ABREU FILHO, Nylson Paim de (Org.). **Constituição Federal, Código Penal e Código de Processo Penal**. 7ª ed., Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2006. p. 503-504.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança 23452/RJ**, Tribunal Pleno. Impetrante: Luiz Carlos Barretti Junior. Impetrado: Presidente da Comissão Parlamentar de Inquérito. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, 16 de setembro de 1999 (julgamento). Disponível em <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 21/05/2008.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**, volume 4: legislação penal especial.. São Paulo: Saraiva, 2006.

COSTA, Jorge Gustavo Serra de Macedo. Os modernos métodos de investigação: a interceptação das comunicações telefônicas e de sistemas de informática e telemática; a quebra do sigilo bancário; a infiltração e a captação ambiental; cooperação jurídica internacional. In: BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo e MORO, Sergio Fernando (Orgs.). **Lavagem de Dinheiro: comentários à lei pelos juízes das varas especializadas em homenagem ao Ministro Gilson Dipp**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p.131-144

EL HIRECHE, Gamil Föppel. **Análise Criminológica das Organizações Criminosas: da inexistência à impossibilidade de conceituação suas repercussões no ordenamento jurídico pátrio. Manifestação do direito penal do inimigo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

GARCÍA, Maria Dolores Delgado. El agente encubierto: técnicas de investigación. Problemática y legislación comparada. In: CONRADI, Faustino Gutiérrez-Alviz (Dir.). **La Criminalidad Organizada ante la Justicia**. Sevilla: Universidad de Sevilla, 1996. p.69-84.



MONTOYA, Mario Daniel. El agente encubierto en la lucha contra el crimen organizado en la Argentina. **Revista de Derecho Penal Procesal Penal y Crimonología**. Mendoza, v.1, n.2, p. 291-337, 2001.

_____. **Máfia e Crime Organizado**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas**. 2ª ed, rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

PACHECO, Rafael. **Crime Organizado**: medidas de controle e infiltração policial. Curitiba: Juruá, 2007. (PACHECO, 2007)

PÉREZ, Carlos Granados. Instrumento procesal en la lucha contra el crimen organizado. Agente encubierto. Entrega vigilada. El arrepentido. Protección de testigos. Posición de la jurisprudencia. In: PÉREZ, Carlos Granados (Dir.). **La criminalidad organizada. Aspectos sustantivos, procesales y orgânicos**. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2001. p.88-95.

ROCHA, Luiz Otávio de Oliveira. Agente Infiltrado: inovação da Lei 10.217/2001. **Revista Ibero-Americana de Ciências Penais**, Porto Alegre, ano 3, nº 5, p. 49-68, janeiro/abril 2002.

SILVA, Eduardo Araújo da. **Crime Organizado**: procedimento probatório. São Paulo: Atlas, 2003.



